



REPUBBLICA ITALIANA - IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Tribunale di Milano – Sezione specializzata in materia di impresa B

Il Tribunale, nella persona dei sigg. dott.:

Elena Riva Crugnola	Presidente
Marianna Galioto	giudice
Enrico Consolandi	relatore

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa civile di I Grado iscritta al N. 48057/2011 R.G. promossa da:

PIERO GIORCELLI (c.f. GRCPRI39H01D835J), con il patrocinio degli avv. CANTELE VITTORIO
e Paolo Pautriè ,

ATTORE

contro:

ELEXA SRL (C.F. 02519150011), con il patrocinio dell'avv. BAROCCI ANDREA e Alfonso
Baldini Confalonieri

CONVENUTO

CONCLUSIONI

Le parti hanno concluso come da verbale dell'udienza del 19.6.2012, che qui si intende integralmente richiamato.

Concisa esposizione dei motivi in fatto e in diritto

La parte attrice impugna la delibera di approvazione del bilancio della società convenuta al 31 dicembre 2010 adottata dalla assemblea dell'11 aprile 2011, per una serie di vizi dedotti, sia di tipo contabile che derivanti dall'aver omesso di indicare il fatto che talune operazione erano avvenute fra parti correlate; la richiesta dell'attore è di “dichiarare la nullità ovvero pronunciare l'annullamento ovvero l'inefficacia e comunque la non conformità alla legge del bilancio relativo all'esercizio chiuso al 31 dicembre 2010” e viene avanzata unitamente a quella di una previa dichiarazione “ anche in via incidentale” della nullità ovvero di annullamento o di inefficacia delle delibere di approvazione dei precedenti tre bilanci, chiusi al 31 dicembre 2007, al 31 dicembre 2008 e al 31 dicembre 2009.

Il giudice istruttore, essendo stata eccepita dalla controparte la presenza di una valida clausola arbitrale, sin dalla prima udienza ha sottoposto alle parti l'esistenza di una giurisprudenza di questa stessa sezione che riteneva la controversia soggetta ad arbitrato, ancorchè la delibera impugnata riguardasse il bilancio e venissero impugnati, nella sostanza, anche i precedenti tre bilanci.

Parte attrice contesta l'eccezione di competenza arbitrale sostenendo che fra le materie per legge non compromettibili, dunque di non operatività della clausola, rientrano quelle di nullità e che tale debba intendersi la questione relativa alla delibera che approva il bilancio. Sostiene ancora la parte attrice, onde escludere la validità della clausola di compromesso, che si tratterebbe di materia inderogabile, indisponibile, coinvolgendo i terzi interessati alla informazione sociale e pertanto non compromettibile.

In realtà l'articolo 34 del decreto legislativo 5 del 2003 non si riferisce affatto al tipo di vizio fatto valere, stabilendo soltanto che sono compromettibili le controversie che “abbiano ad oggetto diritti disponibili relativi al rapporto sociale “.

Vale la pena a questo punto di ricordare come l'articolo 36 del medesimo decreto legislativo stabilisca che gli arbitri debbano decidere secondo diritto in ogni caso, il che elimina qualsiasi dubbio circa il fatto che anche in presenza di norme imperative, quali sono quelle sulla nullità, la decisione arbitrale possa portare ad una disapplicazione del diritto, perché il giudizio secondo equità, come si è ora detto, è escluso.

Nel caso di specie oltretutto la contesa si colloca in un conflitto squisitamente endosocietario nel quale il socio impugnante ritiene che l'altro socio abbia posto in essere azioni di depauperamento della società, in favore di altre sue società concorrenti, con operazioni a parti correlate, e le abbia nascoste nelle pieghe dei conti, che in questo senso pregiudicano l'altro socio. In questione viene dunque la gestione sociale ancor prima della chiarezza dei conti.

Tutti i vizi di informazione sono sicuramente disponibili, atteso che il socio può essere o dichiararsi sufficientemente edotto a deliberare, anche quando la informazione non gli sia stata correttamente fornita dal documento e ciò soprattutto nella srl laddove i ficcanti poteri di ispezione dell'art. 2476 c. 2 cc vanno ben oltre l'informazione aggregata e generica che offre il bilancio.

Non va confusa la inderogabilità delle norme, quali - per altro con alcuni significativi spazi di discrezionalità - quelle sul bilancio, con la indisponibilità dei diritti che ne nascono.

La inderogabilità significa che l'ordinamento esige la applicazione di determinate discipline, eliminando spazi di autonomia privata, la quale può solo aderire o meno ad uno schema legale prefissato.

La indisponibilità significa che il privato non può con il proprio consenso o dissenso determinare la applicazione di un diritto, come avviene ad esempio in materia di filiazione.

In questo senso se inderogabile è la norma, mentre il diritto che ne nasce può essere disponibile, come sono inderogabili, a titolo di esempio, le norme di tutela dell'acquisto del consumatore, senza che ciò significhi che il suo acquisto sia un atto indisponibile, anzi la inderogabilità è posta proprio a tutela del suo atto volontario di acquisto.

In materia societaria vi sono poi materie inderogabili e indisponibili - ad esempio la società a oggetto illecito che non può essere stipulata a pena di nullità - ma così non è per il bilancio, laddove il socio è chiamato a dare, o negare, il proprio consenso al progetto predisposto dagli amministratori.

Anche la giurisprudenza a sezione unite - la decisione 21 febbraio 2000 numero 27 - nel momento in cui tratta di illiceità della delibera, nulla aggiunge quanto al diverso parametro introdotto dalla normativa del 2003, vale a dire la disponibilità del diritto .

Il parametro della liceità poteva valere, al più, prima della riforma del 2006, quando è stato introdotto il nuovo testo dell'art. 806 cpc, che prevede il differente parametro della disponibilità .

Non va nemmeno confuso il piano della tutela del diritto indisponibile e della inderogabilità della norma con quello della transigibilità, che, in forza dell'art. 806 cpc previgente condizionava la compromettibilità.

Anche prescindendo dal mutamento avvenuto nel 2006, l'art. 1966 c. 2 cc delimita comunque la transabilità ai diritti sottratti alla disponibilità delle parti, quali ad esempio la paternità o le questioni di stato, mentre il voto è per sua natura disponibile e le determinazioni sul bilancio hanno spazi di discrezionalità leciti in verità assai ampi.

Né può invocarsi - oggi a maggior ragione visto il mutato testo dell'art. 806 cpc - la disposizione dell'art. 1972 cc che colpisce le transazioni su un contratto illecito: tale disposizione infatti è applicabile in materia contrattuale, al fine di impedire che attraverso la transazione si consolidi un patto illecito, mentre nel caso di specie, della delibera sul bilancio, è sempre possibile la autonoma impugnazione dei terzi. Con la impugnazione - o la non impugnazione - il socio dispone non già della disciplina inderogabile, ma del suo personale interesse alla osservanza di questa, con il che, secondo quanto già affermato da pronunce di questo Tribunale nel 2000, viene a cadere qualsiasi automatismo fra la decisione sul bilancio e la non compromettibilità.

Ciò tanto più laddove si consideri che l'art. 36 del d.lg. 5/2003 stabilisce che la decisione sia impugnabile "anche a norma dell'art. 829 cpc" quando abbia conosciuto incidentalmente di questioni non compromettibili, il che significa che l'arbitrato non è escluso dalla sola presenza di questioni non compromettibili ed implicitamente ammette una cognizione ampliata a queste questioni incidentali.

Si deve poi osservare come oggetto della azione sia una delibera, che è atto di per sé soggetto alla volontà delle parti: ne discende che la controversia sulla approvazione del bilancio riguarda un atto disponibile, se è vero, come è vero, che i soci possono approvare o non approvare il bilancio loro sottoposto e nel bilancio, come nella sua approvazione, si uniscono valori e criteri univocamente necessitati secondo legge ad aspetti lasciati alla volontà delle parti, quali ad esempio la rapidità degli ammortamenti, gli accantonamenti, entro certi limiti anche la valutazione degli assets e delle riserve, la destinazione degli utili.

Vi sono in altre parole nel bilancio degli spazi di discrezionalità che rappresentano altrettanti aspetti disponibili, il che porta a concludere per la possibilità dell'arbitrato..

Risulta pertanto non condivisibile l'affermazione che solo perché vi siano taluni principi inderogabili posti in materia di bilancio qualsiasi delibera che di questo tratti sia esclusa dal novero di quelle compromettibili.

È d'altronde la stessa Cassazione nella sentenza 23 febbraio 2005 numero 3772 che, nel nuovo regime, afferma come " l'area dell'indisponibilità sia più ristretta di quella degli interessi genericamente superindividuali ", con il che non risulta sufficiente, per escludere la compromettibilità in arbitri, riconoscere – come dovuto - al bilancio una funzione di tutela della collettività, per la sicurezza dei traffici ovvero per la certezza della garanzia patrimoniale della società debitrice. Per altro quella sentenza riguardava materia diversa dal bilancio, che viene toccato solo quale obiter dictum (la Corte aveva confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto compromettibile una controversia nella quale, attraverso l'impugnazione di una delibera di un Consorzio di imprese, un'impresa consorziata aveva chiesto il pagamento di un conguaglio commisurato all'ammontare dei lavori assegnati alle singole imprese che partecipavano al Consorzio stesso. In motivazione, la Corte ha affermato che gli effetti della delibera impugnata sul bilancio del Consorzio erano soltanto indiretti, in quanto non coinvolgevano direttamente l'applicazione delle norme inderogabili che devono essere osservate nella redazione dei bilanci).

Più recente e importante arresto giurisprudenziale è costituito dalla ordinanza 15890 del 20.9.2012 che ha rilevato come la nullità societaria sia "sui generis": si trattava proprio della applicazione della clausola compromissoria in un caso in cui era stata dedotta la nullità della delibera societaria e la corte ha ritenuto applicabile la clausola compromissoria osservando che nella novellata disciplina societaria vi è una generale sanatoria delle nullità " *il che è indice evidente della non coincidenza tra l'ambito della nullità e l'area più ristretta dell'indisponibilità del diritto, dovendosi in quest'ultima area ricomprendersi esclusivamente le nullità insanabili, solo per le quali infatti, residua regime della " assoluta inderogabilità" e quindi della assoluta indisponibilità e non compromettibilità del relativo diritto* ".

Deve rilevarsi in proposito come nella novellata disciplina pressochè qualsiasi violazione societaria, anche quando abbia per conseguenza la nullità della delibera, sia passibile di consolidazione o sanatoria, col decorso di tre anni senza che venga proposta impugnazione, eccettuate soltanto le delibere che modifichino l'oggetto sociale prevedendo attività illecite o impossibili (un'ipotesi quasi di scuola, cfr. art. 2379 c.1 – 2479 ter c. 3, quali ad esempio la delibera che indichi nell'oggetto attività illecite quali l'usura) e come dunque anche le delibere che violino il principio di chiarezza e precisione nel bilancio siano sostanzialmente sanate dal decorso dei tre anni dalla iscrizione.

Se dunque i soci limitandosi a non agire in giudizio possono ottenere – sempre che nessun altro impugni – una sorta di definitività del bilancio in ipotesi illegittimo, come del resto possono approvarlo, non pare potersi affermare che la materia sia di per sé indisponibile. Ciò fermo

restando il diritto dei terzi alla impugnativa, quando si tratti di nullità; ma è chiaro che il giudizio arbitrale promosso da un socio per la nullità della delibera non pregiudica il diritto del terzo, che non ne è parte, a proporre la medesima impugnazione.

Si deve distinguere quanto all'informazione societaria una duplicità di destinatari e una duplicità di funzione:

- da un lato i bilanci hanno una funzione endosocietaria, rivolta ai soci, quale strumento di gestione della società, di determinazione delle strategie e delle scelte, il che comporta necessariamente una ricognizione del patrimonio, dell'andamento della gestione, delle risorse disponibili
- dall'altro una funzione rivolta verso l'esterno per identificare e far conoscere il patrimonio sociale, la gestione, l'andamento finanziario, in un'ottica di valutazione di possibili interlocutori commerciali dei terzi, nonché per il credito e l'identificazione del patrimonio a fini anche esecutivi.

A questa duplicità di fini corrisponde una duplicità di diritti che ne nascono, quelli dei soci e quelli dei terzi e se rispetto a questi ultimi la indisponibilità ad opera dei soci deriva proprio dal fatto di essere terzi, oltre che genericamente individuati, le norme in materia di consolidamento di delibere, quand'anche viziate, indicano che vi è una generale disponibilità dei diritti dei soci, anche quando nascono da delibere invalide o "nulle" e non si può ignorare la disposizione dell'articolo 35 comma cinque del decreto legislativo 5 del 2003 che menziona la devoluzione in arbitrato di controversia avente ad oggetto la validità di delibere assembleari, attribuendo specificamente ed in via eccezionale agli arbitri il potere di decidere in via cautelare, senza far eccezioni.

La successiva norma dell'articolo 36 esplicitamente prevede che gli arbitri debbano decidere secondo diritto quando conoscano in via incidentale "questioni non compromettibili", "*ovvero quando l'oggetto del giudizio sia costituito dalla validità di delibere assembleari*".

Questi principi applicati all'informazione sociale che, come detto, ha una duplicità di destinatari, porta a concludere che se anche vi è un aspetto indisponibile e quindi non compromettibile, legato agli interessi dei terzi e del mercato in genere, quanto ai soci tali aspetti non sono di ostacolo alla applicazione della clausola compromissoria.

Si deve ricordare peraltro come ai soci, nell'ambito di questa disponibilità dell'informazione, siano assicurati mezzi di conoscenza anche più ficcanti rispetto al bilancio, inteso come mero documento: già si è ricordato il potere di ispezione nell'Srl, ma si deve anche ricordare come la giurisprudenza di cassazione¹ intenda l'informazione resa ai soci come quella risultante non solo dal documento-bilancio, ma come quella appresa anche oralmente all'assemblea dagli amministratori in risposta alle domande dei soci e come la medesima giurisprudenza, conferendo così alla informazione resa ai soci una caratteristica di dinamicità che la distingue rispetto a quella fornita dai terzi i quali non dispongono che della documentazione relativa al bilancio, senza possibilità di approfondimenti.

E questi mezzi, tanto la ispezione che la richiesta di informazioni, sono state utilizzate dall'attore.

Anche queste possibilità di indagini conferiscono alla informazione endosocietaria un carattere di volontarietà e disponibilità che non può non riflettersi sulla ammissibilità della clausola compromissoria sull'approvazione dei bilanci, che fa da necessario corollario a tale dinamicità e

¹ Cfr. in particolare Cass. Ss.uu. n. 27 del 21.2.2000: "In sede di assemblea i soci intervenuti hanno non solo il diritto di esprimere la propria opinione sugli argomenti all'ordine del giorno ma anche di richiedere informazioni e chiarimenti tanto sulle materie oggetto di deliberazione quanto sull'andamento della gestione sociale, e ciò vale anche in sede di assemblea di approvazione del bilancio, ai sensi dell'art. 2423 cod. civ. (sia nel nuovo che nel vecchio testo) dato il collegamento esistente tra principio di chiarezza e diritto all'informazione; per essere legittimo l'esercizio di tale diritto deve essere pertinente agli argomenti posti all'ordine del giorno e non trovare ostacolo in oggettive esigenze di riservatezza in ordine a notizie la cui diffusione può arrecare pregiudizio alla società; quando la domanda sia pertinente e non attenga a notizie riservate deve ricevere una risposta adeguata, concreta, idonea a dissipare insufficienze e incertezze, il relativo accertamento costituendo giudizio di fatto riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità se sorretto da idonea motivazione."

variabilità dell'atteggiamento del socio che può esigere maggiori approfondimenti, come acquietarsi su un documento carente, ma redatto da persone di sua assoluta fiducia.

Milita in ogni caso a favore della compromettibilità anche il mutato inquadramento legislativo dell'arbitrato che non è più una alternativa "privata" di soluzione delle liti, ma può essere configurato come un sistema processuale alternativo: e in tal senso va considerata la (pur nominalistica) indicazione in tema di "competenza degli arbitri" di cui all'art. 819ter cpc e all'art. 817 cpc, nonché la più rilevante previsione (sempre contenuta nell'art.819ter cpc) per la quale la sentenza del giudice che afferma la competenza dell'arbitro è impugnabile con regolamento di competenza, indicando così che si tratta di due sistemi processuali tra di loro contigui e non di rimedio "privato" contrapposto al rimedio pubblico tradizionale.

Nello stesso senso, di un diverso contenuto della disciplina arbitrale introdotta dal legislatore del 2006, va poi considerata la decisione secondo diritto, già ricordata, introdotta dal dlgs n.5 del 2003.

Questi mutamenti, con il già ricordato mutamento dell'art. 806 cpc, attenuano il legame fra arbitrato e transazione, affievolendo il carattere di decisione privata, secondo canoni non statali, dell'arbitrato, per cui sicuramente oggi compromettere in arbitri non può significare in questa materia transigere.

In definitiva la eccezione preliminare è fondata e va dichiarata la incompetenza del Tribunale.

Quanto alle spese di lite, le stesse ad avviso del Tribunale possono essere interamente compensate tra le parti, in ragione della assenza di orientamenti giurisprudenziali e dottrinali univoci sulla questione pregiudiziale risolutiva, sulla quale, anzi, anche dopo l'entrata in vigore del dlgs n.5/2003, continuano a manifestarsi opinioni contrastanti.

P.Q.M.

Il Tribunale dichiara la propria incompetenza, essendo la controversia devoluta alla cognizione del collegio arbitrale di cui all'art.34 dello statuto della società convenuta, compensando interamente tra le parti le spese del giudizio.

Così deciso in Milano il 13.12.2012

Il Giudice relatore Dott. ENRICO CONSOLANDI

Il Presidente Dott. ELENA RIVA CRUGNOLA